

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/163386>

Please be advised that this information was generated on 2017-12-07 and may be subject to change.



Raymond Schlössels

Prof. mr. R.J.N. Schlössels is hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen en kantooradviseur bij Nysingh Advocaten

A close-up, warm-toned photograph of a wooden gavel and a pair of metal scales of justice. The gavel is in the foreground, and the scales are in the background, both resting on a surface. The lighting is soft and golden, creating a professional and legal atmosphere.

ONDERZOEK

De reservebestuursrechter

De burgerlijke rechter in de wonderlijke wereld rond het appellabel besluit

1. Inleiding

Op 17 december 2015 verscheen een fraaie bundel¹ ter gelegenheid van het eeuwfeest van het beroemde arrest Noordwijkerhout/Guldemond (1915).² In dit arrest oarmde de Hoge Raad als burgerlijke én als 'algemene' rechter definitief zijn fameuze objectum litisleer. Op basis van deze *bevoegdheidsleer* kan de burgerlijke rechter kennis nemen van vrijwel ieder geschil, óók tussen overheid en burger en tussen overheden onderling, zodra de schending van een burgerlijk recht wordt *gesteld*. De inhoudelijke aard van een geschil (het zgn. 'fundamentum petendi') is niet bepalend. De Guldemondleer stelt de burgerlijke rechter in staat om in talrijke bestuursrechtelijke geschillen aanvullende rechtsbescherming te bieden. Een waardevolle leer dus, maar uiteindelijk gebaseerd op een klein leugentje (een geschil *is* burgerrechtelijk zodra dat wordt *gesteld*), allemaal in het belang van een effectieve rechtsbescherming.

1. *De burgerlijke rechter in het publiekrecht* (R.J.N. Schlössels, R.J.B. Schutgens, J.A.F. Peters, M.W.C. Feteris, G.Snijders & L.A.D. Keus red.), Deventer: Wolters Kluwer 2015.

2. HR 31 december 1915, NJ 1916, p. 407 (Noordwijkerhout/Guldemond). Het arrest wordt meestal aangehaald als Guldemond/Noordwijkerhout).

3. HR 25 februari 1949, NJ 1949/558 (Doetinchem).

4. Zie bijv. HR 19 december 1952, NJ 1953/642 m.nt. Ph.A.N.H. (Voorste Stroom VII).

5. Zie R.J.N. Schlössels, 'Loeff versus Struycken: wie had gelijk?', Canon van het recht deel 17, *Ars Aequi* 2009 nr. 10, p. 686-690.

Veel bestuursrechtelijke leerstukken zijn zo (mede) door de Hoge Raad ontwikkeld (bijv. de marginale toetsing van discretie³, de beginselen van behoorlijk bestuur en het leerstuk van schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad⁴). Maar dit was allemaal niet gepland. Het betreden door de burgerlijke rechter van bestuursrechtelijk terrein was uit pure nood geboren. Noordwijkerhout/Guldemond werd gewezen op een tijdstip waarop duidelijk was dat de komst van algemene bestuursrechtspraak in Nederland nog lang op zich zou laten wachten. Bestuursrechtspraak was omstreden.⁵ Ook toen in de twintigste eeuw bestuursrechtelijke vasten voet aan de grond kregen moest de burgerlijke rechter blijven bijspringen. De beperkte rechtsmacht en uitspraakbevoegdheden van de bestuursrechtelijke maakten dit onvermijdelijk.

"Het betreden door de burgerlijke rechter van bestuursrechtelijk terrein was uit pure nood geboren. Noordwijkerhout/Guldemond werd gewezen op een tijdstip waarop duidelijk was dat de komst van algemene bestuursrechtspraak in Nederland nog lang op zich zou laten wachten"

In deze bijdrage staat de wonderlijke positie van de burgerlijke rechter binnen het stelsel van bestuursrechtspraak centraal. Hierbij komen *drie beruchte knelpunten* in beeld: de rechtsbescherming tegen algemeen verbindende voorschriften (par. 4.1), tegen 'connexe' feitelijke voorbereidingshandelingen (par. 4.2) en de rechtsbescherming in de sfeer van bevoegdenovereenkomsten (par. 4.3). De bijdrage wordt afgesloten met een blik op de toekomst. Maar eerst gaat aandacht uit naar twee kernbegrippen: 'bestuursrechtspraak' en 'bestuursrechter' (par. 2).

2. Bestuursrechtspraak en bestuursrechter: Wie is wie?

Het zou zo logisch zijn: de bestuursrechter biedt rechtsbescherming in *alle* bestuursrechtelijke geschillen. De burgerlijke rechter doet dat in *privaatrechtelijke* geschillen (en de strafrechter in strafrechtelijke). Maar de werkelijkheid is weerbarstig en niet in lijn met dit uitgangspunt. Overigens zijn systematisch fraaie oplossingen niet altijd praktisch. En de Nederlandse rechtscultuur is nu eenmaal praktisch. Wij zijn – anders dan bijv. de Duitsers – geen kampioen 'systemen' bouwen.

6. Een wat verhullend begrip omdat we in Nederland *verschillende* bestuursrechtelijke kennen. Maar voor het doel van deze tekst volstaat dit.

In praktijk biedt de Nederlandse bestuursrechter⁶ alleen rechtsbescherming in *bepaalde* bestuursrechtelijke geschillen. Dit inzicht leidt direct tot een aantal begripsmatige vragen: Wanneer is een rechter een bestuursrechter? Wat is bestuursrechtspraak? En last – but not least – wanneer is een geschil naar zijn aard 'bestuursrechtelijk' (en over *welke* bestuursrechtelijke geschillen oordeelt dan de bestuursrechter)?

Rechtstelsels – waaronder het Franse en Duitse – die de bevoegdheid van de bestuursrechter afhankelijk maken van de vraag of een geschil naar zijn inhoud bestuursrechtelijk van aard is (dus een volle ‘fundamentum petendi’-benadering) maken het zich niet gemakkelijk. Maar het is mogelijk.⁷ Wel zal de rechter dan met betrekking tot veel geschillen de magische grens tussen publiek- en privaatrecht moeten afbakenen. Hierbij moet hij zich bedienen van materiële indicatoren die iets zeggen over de aard van het publiekrecht: handelen in het algemeen belang, het uitoefenen van een publieke taak of het beschikken over openbaar gezag. Op veel punten moeten knopen worden doorgehakt. Is bijvoorbeeld een geschil over een overeenkomst waarbij de gemeente met een vereniging van horecaondernemers afspraken maakt over de inrichting en het gebruik van de markt (een openbare plaats) privaatrechtelijk van aard of bestuursrechtelijk? En hoe zit het met de brandweer die tijdens bluswerkzaamheden (een publieke taak) per ongeluk schade toebrengt aan een geparkeerde auto?

7. Vgl. R.J.N. Schlössels, *Het besluitbegrip en de draad van Ariadne. Enige beschouwingen over de rechtsmacht van de bestuursrechter* (oratie Nijmegen), Den Haag: BJu 2003 en Ch.W. Backes, *Suum Cuique? Enkele opmerkingen over de rechtsmachtverdeling tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter* (oratie Maastricht), Den Haag: BJu 2009.

"Het zou zo logisch zijn: de bestuursrechter biedt rechtsbescherming in alle bestuursrechtelijke geschillen. De burgerlijke rechter doet dat in privaatrechtelijke geschillen (en de strafrechter in strafrechtelijke)."

De Nederlandse wetgever heeft dit glibberige pad niet gevolgd. De bestuursrechter is – compact geformuleerd – alleen bevoegd in geschillen die zien op *besluiten*⁸, althans voor zover niet uitgezonderd (vgl. art. 8:1 Awb e.v.). Deze keuze weerspiegelt de fundamentum petendi-leer (besluiten moeten immers *publiekrechtelijke* rechtshandelingen *inhouden* (art. 1:3 Awb)). Maar de petendi-leer is hier in zijn uitwerking aanzienlijk beperkt door de eis dat er tevens sprake moet zijn van een bepaald type bestuurshandelen: een besluit. Op de bevoegdheid van de bestuursrechter kom ik nog kort terug. Eerst worden de begrippen ‘bestuursrechter’ en ‘bestuursrechtspraak’ nader verkend zodat duidelijk wordt welke rechter zich bezig mag houden met het beslechten van bestuursrechtelijke geschillen.

8. Of daarmee gelijkgestelde handelingen.

In de Nederlandse Grondwet is niet veel geregeld over deze belangrijke begrippen. De begrippen ‘bestuursrechter’ en ‘bestuursrechtspraak’ treft men er niet aan. Wat men wél aantreft is een bepaling – echter buiten hoofdstuk 6 (‘Rechtspraak’) – die bepaalt dat aan een (een afdeling van) de Raad van State de uitspraak in geschillen van bestuur kan worden opgedragen (art. 73 lid 3 Awb). In hoofdstuk 6 treft men verder nog iets aan over de mogelijkheid om administratief beroep open te stellen. Dit is dubieus omdat juist *deze* vorm van bestuursrechtelijke geschilbeslechting niet kan worden aangemerkt als ‘rechtspraak’.

Artikel 112 lid 2 Grondwet brengt ons gelukkig *iets* verder: Geschillen die niet uit een burgerlijke rechtsbetrekking zijn ontstaan kunnen door de wetgever in formele zin worden opgedragen aan (gerechten van) de rechterlijke macht of aan gerechten die niet tot de rechterlijke macht behoren. De berechting van *die* geschillen – i.h.b. bestuursrechtelijke – kan dus op basis van de Grondwet door de wetgever worden opgedragen aan de gerechten van de reguliere rechterlijke organisatie (d.w.z. de gerechten van de rechterlijke macht) of aan andere afzonderlijk in te stellen gerechten. De berechting van bestuursrechtelijke geschillen – laten we dit dan maar ‘bestuursrechtspraak in grondwettelijke zin’ noemen – kan dus uitdrukkelijk worden *opgedragen* aan bepaalde gerechten binnen of buiten de rechterlijke macht.

Hiermee is nog niet gezegd dat gerechten die bij wettelijke ‘opdracht’ bestuursrechtelijke geschillen beslechten de status van ‘bestuursrechter’ hebben. Daar bepaalt de Grondwet niets over. Het begrip ‘bestuursrechter’ is, zoals gesteld, geen Grondwettelijk begrip. Het begrip ‘bestuursrechter’ komt wél voor in de Algemene wet bestuursrecht (Awb): een onafhankelijk,

bij de wet ingesteld orgaan dat met bestuursrechtspraak is belast (art. 1:4 lid 1 Awb). Echt duidelijk is deze definitie weer niet, want wanneer is dan een onafhankelijk orgaan belast met 'bestuursrechtspraak'? Alleen voor de tot de rechterlijke macht behorende gerechten geeft lid 3 van artikel 1:4 een glasheldere definitie. Die gerechten zijn 'bestuursrechter' voor zover hoofdstuk 8 Awb of de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften van toepassing of van overeenkomstige toepassing is.

Als we de bestuursrechtelijke geschillen over verkeersovertredingen verder buiten beschouwing laten (de bekende 'Mulder'-zaken) dan is er *binnen* de rechterlijke macht sprake van een 'bestuursrechter' als recht wordt gesproken op grond van het Awb-bestuursprocesrecht. Rechterlijke instanties *buiten* de rechterlijke macht zijn bestuursrechter als ze met 'bestuursrechtspraak' zijn belast. Dit blijkt overigens in de regel weer uit het feit dat zij het (Awb-)bestuursprocesrecht toepassen. Maar naar de letter van de wet is dat geen begripsmatige voorwaarde. De begrippen 'bestuursrechtspraak' en 'bestuursrechter' lopen al met al niet erg soepel rond.

Wat betekent het voorafgaande nu voor de burgerlijke rechter en de bestuursrechtspraak? De Grondwet bepaalt *niet* dat bestuursrechtelijke geschillen op grond van het tweede lid van artikel 112 ter berechting aan een gerecht binnen of buiten de rechterlijke macht *moeten* worden opgedragen. De Grondwet geeft daartoe slechts aan de wetgever een *bevoegdheid*. De wetgever heeft deze bevoegdheid in praktijk slechts ten dele benut. Lang niet alle geschillen die inhoudelijk bestuursrechtelijk van aard zijn worden berecht door een door de wetgever aangewezen (bestuurs)rechter. Het gat dat resteert, wordt door de burgerlijke rechter – in dit kader dus een 'algemene' of 'rest'-rechter – opgevuld via de genoemde Noordwijkerhout/Guldemond-leer.

"De burgerlijke rechter kan in de context van art. 112 lid 1 Grondwet kennis nemen van bestuursrechtelijke 'restgeschillen'"

De burgerlijke rechter kan in de context van art. 112 lid 1 Grondwet kennis nemen van bestuursrechtelijke 'restgeschillen'. Sterker, op papier is hij bevoegd om van *alle* bestuursrechtelijke geschillen kennis te nemen omdat zijn ruime bevoegdheid die van de bestuursrechters overlapt. Hiermee staat vast dat óók de burgerlijke rechter inhoudelijk aan bestuursrechtspraak 'doet', zij het als *reservebestuursrechter*. Hij is gelet op zijn activiteiten zonder twiifel een echte 'bestuursrechter', maar géén 'bestuursrechter' in de zin van de Algemene wet bestuursrecht.

3. De positie van de burgerlijke rechter in het stelsel

Binnen het stelsel van 'bestuursrechtspraak' is de positie van de burgerlijke rechter noodzakelijk maar complex. Zijn optreden is wat ambivalent.

Noodzakelijk is zijn aanwezigheid omdat er anders sprake zou zijn van serieuze gaten in ons stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming. De rechtsstaat, het verdragenrecht (o.m. art. 6 EVRM) en het Unierecht (vgl. i.h.b. artikel 47 EU-Grondrechtenhandvest) verlangen, in onderling verband bezien, een dekkend en effectief stelsel van rechtsbescherming, óók in verreweg de meeste bestuursrechtelijke geschillen. Dit geldt zeker voor geschillen tussen burgers en bestuur. Gelet op hun niet-dekkende rechtsmacht en het beperkte arsenaal uitspraakbevoegdheden kunnen de bestuursrechters niet altijd adequaat rechtsbescherming bieden.

De aanwezigheid van de burgerlijke rechter in het stelsel van bestuursrechtspraak maakt dit stelsel zonder twiifel ook *complex*. Iedere student die het vak bestuursrecht volgt komt daar snel achter. De burgerlijke rechter mag immers het werkterrein van de 'gespecialiseerde' bestuursrechter niet ondermijnen. Voorkomen moet worden dat de betrokken rechters tegenstrijdige uitspraken doen en dat burgers gaan 'forumshoppen'. Zo is het om redenen van rechtseenheid en rechtszekerheid niet aanvaardbaar dat

rechtzoekenden bij een voor hen negatief oordeel van de bestuursrechter over een appellabel besluit nog een tweede kans zouden krijgen bij de burgerlijke rechter. Omdat de burgerlijke rechter zich echter vrijwel altijd bevoegd acht is hij genoodzaakt om andere procesinstrumenten te hanteren om niet in het vaarwater van de bestuursrechter te komen. Via een ingenieus stelsel van ontvankelijkheidsregels (het procesbelang bij aanvullende bescherming wordt steeds gewogen) en inhoudelijke afstemmingsregels (hij sluit zoveel mogelijk aan bij oordelen van de bestuursrechter) houdt hij koers. De rechtsbescherming die de bestuursrechter kan of kon bieden, dan wel al heeft geboden, wordt gerespecteerd (vgl. o.m. de bekende leerstukken van formele en oneigenlijke formele rechtskracht⁹). Aanvullende rechtsbescherming is pas in beeld wanneer er in een specifiek geval geen sprake is van effectieve rechtsbescherming bij de bestuursrechter.

9. Zie uitvoerig Schlössels/Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Deel 2 Rechtsbescherming. Overheidsaansprakelijkheid* (onderwijseditie), Deventer: Kluwer 2014, hoofdstuk 26.

"Maar uiteindelijk is de burgerlijke rechter in de wereld van het publiekrecht – de wereld van het algemeen belang – een wat vreemde eend in de bijt. Bij deze positie past terughoudendheid"

De positie van de burgerlijke rechter binnen de bestuursrechtspraak is ten slotte ook *ambivalent*. Als hoeder van de rechtsstaat biedt de burgerlijke rechter aanvullende rechtsbescherming als dat nodig is. Maar uiteindelijk is de burgerlijke rechter in de wereld van het publiekrecht – de wereld van het *algemeen belang* – een wat vreemde eend in de bijt. Bij deze positie past terughoudendheid. Dit verklaart misschien waarom het bekende leerstuk van marginale toetsing van bestuurlijke discretie door hem werd ontwikkeld. Controle van het bestuur op gepaste afstand is hierdoor mogelijk. Het verklaart wellicht óók waarom de burgerlijke rechter zich nooit op het scherp van de snede heeft willen inlaten met de vraag of de overheid ter behartiging van het algemeen belang gebruik mag maken van het privaatrecht. Geen al te principiële blokkades, maar slechts een correctie bij 'onaanvaardbare' doorkruising van het publiekrecht.¹⁰ Ook in het kader van de overheidsaansprakelijkheid, zijn in ons land de duimschroeven nooit al te ver aangedraaid.¹¹ Dit alles doet er niet aan af dat de burgerlijke rechter een enkele keer een forse toon tegen de overheid aanslaat¹², soms overgaat tot baanbrekende rechtsvorming of verzeild raakt in een politiek wespennest.¹³ Maar meestal is er veel gevoel voor zijn staatsrechtelijke positie, het democratisch primaat van de wetgever en het politieke domein.¹⁴

10. HR 26 januari 1990, AB 1990/408 m.nt. G.P. Kleijn (Windmill Holland B.V.).

11. Het zou te ver voeren om in dit kader hierop in te gaan. Het intomen van overheidsaansprakelijkheid vindt onder meer plaats via het relativiteits- en causaliteitsvereiste, maar ook via het hanteren van een gekwalificeerde/aangescherpte onrechtmatigheidstoets.

12. Vgl. bijv. Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145, AB 2015/336 m.nt. Ch.W. Backes (Urgenda).

13. Zie bijv. J.W.A. Fleuren, 'De maximis non curat praetor? Over de plaats van de Nederlandse rechter in de nationale en internationale rechtsorde', in: *Grenzen aan de rechtspraak? Political question, acte de gouvernement en rechterlijk interventionisme* (P.P.T. Bovend'Eert, P.M. van den Eijnden & C.A.J.M. Kortmann red. (Staatsrechtconferentie 2004)), Deventer: Kluwer 2004, p. 127 e.v.

14. Waarmee natuurlijk niet is gezegd dat de bestuursrechter dit zou miskennen.

4. De 'aanvullende rechtsbescherming': drie knelpunten

Ondanks het gewogen samenspel van burgerlijke rechter en bestuursrechter(s) kent ons systeem van bestuursrechtelijke rechtsbescherming beroerde knelpunten. Ingewikkelde afstemmingsrechtspraak (vooral van de burgerlijke rechter) maakt het er niet eenvoudiger op.

Zo komt het regelmatig voor dat één samenhangend geschil niet door één rechter kan worden beslecht. Dat kan lastig zijn. Een voorbeeld dat hierna nog ter sprake komt (par. 4.3) betreft een geschil over de uitvoering van een bevoegdhedenovereenkomst. Als overheid en burger tegen een (vermogensrechtelijke) tegenprestatie een afspraak hebben gemaakt over het nemen van een bepaald besluit kan het zijn dat de burger bij het uitblijven van het gewenste besluit is aangewezen op de bestuursrechter terwijl de overheid bij het niet nakomen van een verplichting door die burger (bijv. het betalen van een geldbedrag) juist afhankelijk is van de burgerlijke rechter.

Andere afstemmingsproblemen kunnen in beeld komen als zowel de bevoegde bestuursrechter als de burgerlijke rechter direct of indirect uitspraken (kunnen) doen over de rechtmatigheid van een bepaalde bestuurshandeling of de wettelijke grondslag daarvan. De rechtsbescherming tegen algemeen verbindende voorschriften is in dit verband een berucht terrein (zie par. 4.1). Lastig is ook de wereld van de rechtsbescherming tegen feitelijke handelingen die een appellabel besluit 'omringen' of daaraan direct vooraf gaan (bijv. ambtelijk onderzoek, het verstrekken van

informatie). Hier rijst de vraag waar de grens moet worden getrokken tussen het domein van de bestuursrechter en de burgerlijke rechter (par. 4.2). Hierna worden deze drie knelpunten belicht.

4.1 Rechtsbescherming tegen (bestuurs)wetgeving

Bestuursorganen stellen op grote schaal algemeen verbindende voorschriften vast (AMvB's, ministeriële verordeningen, decentrale verordeningen etc.). Wie rechtsbescherming zoekt tegen deze 'bestuurswetgeving' kan hiertegen – tenzij een bijzondere bestuurswet anders bepaalt – echter géén beroep instellen bij de bestuursrechter (art. 8:3 lid 1 aanhef onder a Awb). De discussie over de vraag of dit (on)wenselijk is, is tot in den treure gevoerd.¹⁵

**"De wettelijke uitsluiting van rechtstreeks
beroep in de Awb betekent immers niet dat bij
de bestuursrechter geen oordeel kan worden
verkregen over de (on)rechtmatigheid van een avv"**

De Hoge Raad benadrukte in de jaren negentig van de vorige eeuw als burgerlijke rechter echter dat een justitiabele bij hem rechtsbescherming kan krijgen tegen algemeen verbindende voorschriften (hierna: avv).¹⁶ Dit sloot naadloos aan bij de idee van aanvullende rechtsbescherming. Maar er moest wel een hobbel worden genomen. De wettelijke uitsluiting van rechtstreeks beroep in de Awb betekent immers niet dat bij de bestuursrechter geen oordeel kan worden verkregen over de (on)rechtmatigheid van een avv. Integendeel, in het kader van een beroep van een belanghebbende tegen een appellabel besluit waarvan de inhoud op een gewraakt avv steunt is de bestuursrechter namelijk bevoegd om zich zo nodig óók uit te spreken over de verbindendheid van dat avv. Dit noemen we 'exceptieve toetsing'.¹⁷ Een standaardvoorbeeld betreft de klassieke zaak Leenders/Ubbergen.¹⁸ In deze kwestie had Leenders het aan de stok met de gemeente Ubbergen. Leenders wilde binnen de gemeente in alle vrijheid venten (kruide-nierswaren verkopen vanuit een rijdende winkelwagen). Hij zag zich echter belemmerd door de plaatselijke verordening die het venten zonder vergunning verbood. Volgens Leenders was het invoeren van de verordening – die volgens hem onverbindend was – jegens hem onrechtmatig. Nu kon Leenders verschillende wegen bewandelen om de verordening door een rechter te laten beoordelen: Hij kon zich laten verbaliseren en hopen op vervolging (de strafrechter zou dan oordelen) of hij kon een bestuursrechtelijk handhavingsbesluit afwachten, dan wel – via de 'Koninklijke weg' – een vergunning aanvragen en die bestrijden in verband met de verondersteld onverbindende grondslag. De laatste twee routes zouden dan naar de bestuursrechter leiden.

Allemaal omslachtig. Daarom stapte Leenders *rechtstreeks* naar de burgerlijke rechter. Daar bestreed hij de verordening (op grond van onrechtmatige daad). Van principiële belang is dat de Hoge Raad oordeelde dat deze route zonder meer openstond in het belang van een *effectieve rechtsbescherming*. Hieraan kon niet afdoen dat Leenders via een indirecte route bij de bestuursrechter een (exceptief) oordeel over de verordening zou kunnen krijgen. In andere arresten gaf de Hoge Raad later inhoudelijke aansluitingsregels voor het geval de hoogste bestuursrechter zich heeft uitgelaten over de (on)verbindendheid van een avv en dat avv later tevens bij de burgerlijke rechter aan de orde komt.¹⁹

In recente literatuur is de vraag opgeworpen of de Hoge Raad de principiële nadruk die in Leenders/Ubbergen werd gelegd op het belang van een effectieve rechtsbescherming inmiddels heeft afgezwakt. Hierbij is gewezen op de zaken Leges Turkse immigranten²⁰ en Privacy First.²¹ Uit die arresten lijkt immers te kunnen worden afgeleid dat als een avv (bij wijze van exceptie) in een individueel geval goed via de bestuursrechter kan worden bestreden een vordering bij de burgerlijke rechter *toch* niet ontvankelijk wordt verklaard. De Hoge Raad wees hierbij op de behoorlijke taakverdeling tussen de bestuursrechter en burgerlijke rechter.

15. Zie bijv. Y.E. Schuurmans & W.M.J. Voermans, 'Artikel 8:2 Awb: weg ermee!', in: *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb* (T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak red.), Den Haag: BJu 2010, p. 809 e.v.

16. Dit was niet nieuw, maar in het arrest werd gereageerd op de Algemene wet bestuursrecht.

17. Deze toetsing is niet beperkt tot 'bestuurswetgeving'. De bestuursrechter kan (bij wijze van exceptie) ook de wet in formele zin toetsen aan bijv. eenieder verbindende verdragsbepalingen. Artikel 120 Grondwet staat wel in de weg aan toetsing van de wet aan de Grondwet, fundamentele rechtsbeginselen en het Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden. Vgl. HR 14 april 1988, AB 1989/270 m.nt. FHvdB (Harmonisatiewet).

18. HR 11 oktober 1996, ECLI:N:L:HR:1996:ZC2169, AB 1997/1 m.nt. Th. G. Drupsteen (Leenders/Ubbergen).

19. Zie HR 17 december 2004, JB 2005/32 m.nt. R.J.N. Schlössels (Onafhankelijk Ziekenfonds Bedrijven UA) en HR 18 februari 2005, JB 2005/92 m.nt. EvdL (ziekte van Aujeszky).

20. HR 9 juli 2010, ECLI:N:L:HR:2010:BM2314, JB 2010/174 m.nt. R.J.B. Schutgens.

21. HR 22 mei 2015, ECLI:N:L:HR:2015:1296, JB 2015/125 m.nt. J.J.J. Sillen.

Schuurmans²² stelt in haar oratie dat de Hoge Raad heeft gekozen voor 'overzichtelijke rechtsmachtverdeling ten faveure van rechtsbescherming'. In vergelijkbare bewoordingen meent ook Sillen²³ dat een doelmatige rechtsbescherming door de Hoge Raad inmiddels naar het tweede plan is verdrongen ten gunste van de taakverdeling.

22. Y.E. Schuurmans, *Van bestuursrechtelijke detailhandel naar maakindustrie* (oratie Leiden), Leiden 2015, p. 8.

23. Zie zijn annotatie onder het arrest Privacy First in JB.

De twee aangehaalde arresten hebben echter betrekking op andere situaties dan die van Leenders. In deze twee zaken strandden immers civiele vorderingen van *belangenorganisaties* die wilden opkomen voor de *gebundelde* belangen van anderen (vgl. art. 3:305a BW). In die zin ging het niet om de subjectieve rechtsbescherming van een primair getroffen(e) (zoals Leenders), maar om het opkomen voor belangen van anderen met het oog op een meer algemene rechtmatigheidscontrole van wetgeving; een 'afgeleide'. Zo ging het in de zaak Privacy First om de actie van een stichting. Die wilde bij de burgerlijke rechter nieuwe bepalingen in de Paspoortwet onrechtmatig laten verklaren – en buiten werking doen stellen – wegens strijd met verdragsrechtelijke en Unierechtelijke privacywaarborgen. Concreet ging het om de eis om bij een paspoortaanvraag twee vingerafdrucken elektronisch vast te leggen en met andere biometrische kenmerken digitaal op te slaan.

Volgens de Hoge Raad kon deze problematiek echter prima aan de orde worden gesteld bij de bestuursrechter door individuele rechtzoekenden die een paspoort zouden aanvragen. Dit werd blijkbaar niet als te omslachtig aangemerkt.

Het betrof dan ook evident een 'connexe' problematiek. Immers, belanghebbenden zouden een paspoort hoe dan ook (moeten) aanvragen om in bezit te komen van een geldig reisdocument. Hierin verschilt de casus van die van Leenders. Die wilde immers helemaal géén ventvergunning. Leenders wilde juist in alle vrijheid venten. Zo bezien had hij er een zwaarwegender belang bij om het gewraakte avv *rechtstreeks* bij een rechter te kunnen bestrijden. Ook in de aangehaalde legeszaak ging het duidelijk om een 'connexe' problematiek. Ter discussie stonden namelijk de bij ministeriële regelingen ingevoerde en/of verhoogde leges voor verblijfsvergunningen. De geoorlooftheid van de afhankelijke bestuursrechtelijke betalingsverplichting (leges) was verbonden met de vergunning die de individuele justitiabelen toch al moesten aanvragen. Onder die omstandigheden is het openen van een aparte rechtsbeschermingsroute (op basis van een collectieve actie) via de burgerlijke rechter – welke route zou kunnen leiden tot tegenstrijdige oordelen – niet bijzonder verstandig. Overigens wees ook de Hoge Raad erop dat de problematiek in casu inderdaad anders lag dan in Leenders/Ubbergen.²⁴

24. Zie r.o. 4.6.

"Of met de keuze van de Hoge Raad de effectieve rechtsbescherming tegen avv's is genuilekorf, zoals Schuurmans en Sillen suggereren, is mede een kwestie van de visie op de inhoud van 'rechtsbescherming'"

Of met de keuze van de Hoge Raad de effectieve rechtsbescherming tegen avv's is genuilekorf, zoals Schuurmans en Sillen suggereren, is mede een kwestie van de visie op de inhoud van 'rechtsbescherming'. De *individuele* rechtsbescherming is door de Hoge Raad naar mijn mening niet serieus beknot. De 'gebundelde' actie (art. 3:305a BW) bij de burgerlijke rechter heeft wel een veer moeten laten.²⁵ Wie ervan is overtuigd – de schrijver van deze bijdrage *niet*²⁶ – dat een effectieve rechtsbescherming vraagt om dit soort acties (die vooral de algemene rechtmatigheidscontrole dienen), zal dit inderdaad betreuren. Hier staat echter tegenover dat de Hoge Raad het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming een dienst bewijst door de taakverdeling tussen burgerlijke rechter en bestuursrechter verder te ontrafelen en de geschilbeslechting die nauw is verbonden met appellabele besluiten (i.h.b. beschikkingen) te concentreren bij de bestuursrechter. De Leenders/Ubbergen-route blijft open, maar *alleen* voor gevallen die men in alle redelijkheid niet kan verwijzen naar de bestuursrechtelijke rechtsbescherming.

25. Maar er reteren zeker nog substantiële mogelijkheden. Vgl. r.o. 4.5 van het arrest Leges Turkse immigranten en de noot van Schutgens onder dit arrest (o.m. onder verwijzing naar HR 3 september 2004, NJ 2006/28 (Staat/NJCM). Te denken valt aan het geval waarin een organisatie wil opkomen voor (de bescherming van een) een eigen (statutair) belang ter zake waarvan geen effectieve ingang bestaat bij de bestuursrechter.

26. Vgl. bijv. reeds R.J.N. Schlössels, 'Wie beschermt de beschermelingen tegen hun beschermers? Enige publiekrechtelijke kanttekeningen bij algemeen belangacties', in: *Samen sterk. Over het optreden in rechte door groeperingen* (A.W. Jongbloed red.), Den Haag: BJu 2002, p. 105 e.v.

4.2 Connexe feitelijke voorbereidingshandelingen

Het concentreren van de rechtsbescherming bij de bestuursrechter van (bepaalde) *geschillen* die *nauw* zijn verbonden met een appellabel besluit heeft in breder perspectief de aandacht van de Hoge Raad. Tot de directe omgeving van appellabele besluiten behoren niet alleen de avv's waarop deze besluiten steunen (zie par. 4.1). Ook feitelijke handelingen die vooraf gaan aan een appellabel besluit kunnen een zelfstandige bron zijn van geschillen tussen bestuur en burger. Te denken valt aan voorbereidend onderzoek, advisering, het verstrekken van informatie of het stellen van concrete voorwaarden voor het nemen van een (positief) besluit. Wanneer een justitiabele een zgn. voorbereidingshandeling voor onrechtmatig houdt, rijst de vraag of de bestuursrechter dan wel de burgerlijke rechter hierover behoort te oordelen.

Soms is deze kwestie helder. Er zijn voorbereidingshandelingen die er louter toe strekken het bestuursorgaan in staat te stellen een besluit te nemen. Deze handelingen zijn *zodanig nauw* met het besluit *verbonden* dat de bestuursrechter hierover behoort te oordelen. Het voorbereidingshandelen lost dan op in het besluit. Gedacht kan worden aan handelingen die tot doel hebben de feitelijke grondslag voor het besluit in kaart te brengen (bijv. feitenonderzoek, interne advisering over die feiten). Wordt een zodanig feitelijk handelen voor onrechtmatig gehouden, dan zal dit in bezwaar en beroep tegen het latere besluit (of de afwijzing daarvan) aan de orde moeten worden gesteld. Wanneer dit besluit niet wordt aangevochten verkrijgt dit formele rechtskracht. Dit betekent onder meer dat óók de voorbereiding van dit besluit – ook door de burgerlijke rechter – voor rechtmatig wordt gehouden.

In andere gevallen is echter goed verdedigbaar dat een feitelijke (onrechtmatige) handeling los staat van de inhoud van een volgend besluit en daarom achteraf door de (burgerlijke) rechter in beginsel zelfstandig op basis van een ontvankelijke vordering kan worden beoordeeld. Standaardvoorbeelden bieden de klassiekers Staat/Bolsius²⁷ en Staat/Van Benten.²⁸ Het ging hier om onjuiste informatieverstrekking over regelgeving.²⁹ De onrechtmatigheid hiervan bleek uit het feit dat later een *rechtmatig* besluit was gevolgd dat niet in lijn lag met de verstrekte (onjuiste) informatie. Zo ontving de heer Frank Bolsius *onjuiste* informatie van ambtenaren van het Gewestelijk Arbeidsbureau over een verhuiskostenvergoeding waarop hij een nieuwe baan aanvaardde en verhuiskosten maakte voor zijn gezin. Later volgde echter een (juiste) afwijzende beschikking die Bolsius niet bestreedt bij de bestuursrechter. Dit laatste werd hem door de Hoge Raad niet aangerekend. Het instellen van beroep zou zeer waarschijnlijk bovendien zonder resultaat zijn gebleven omdat de beschikking in beginsel niet zou zijn vernietigd.³⁰ Hoe dan ook, de burgerlijke rechter ontving en beoordeelde de vordering van Bolsius tegen de informatieverstrekking op grond van onrechtmatige daad.

**"Lastiger wordt het als onjuiste
informatieverstrekking in lijn is met een daarop
volgend (ook onjuist) appellabel besluit en
daarmee inhoudelijk (sterk) is verbonden"**

Lastiger wordt het als onjuiste informatieverstrekking in lijn is met een daarop volgend (ook onjuist) appellabel besluit en daarmee inhoudelijk (sterk) is verbonden. Als immers de bestuursrechter over *dat* besluit gaat oordelen zal dit oordeel (vaak) bepalende betekenis hebben voor het voortgaande handelen. De burgerlijke rechter zal een vordering in beginsel wel ontvangen, maar het oordeel van de bestuursrechter – als dat er is – in de regel respecteren. Een voorbeeld biedt het arrest Blaricum/Roozen.³¹ In casu was Roozen door het gemeentebestuur in zeer stellige woorden verzekerd dat hij geen bouwvergunning zou kunnen verkrijgen voor zijn bouwplan. Er volgde – geheel in lijn met deze woorden – daarna een weigering van de bouwvergunning. Voor Roozen was er (wel) reden om hiertegen te appelleren. Dit beroep was bovendien succesvol. De weigering werd door

27. HR 2 februari 1990, AB 1990/223 (Staat/Bolsius).

28. HR 7 oktober 1994, AB 1996/125 m.nt. B.J.P.G. Roozendaal (Staat/Van Benten).

29. Terzijde: staat de (onjuiste) informatieverstrekking helemaal los van een appellabel besluit dan staat niets een zelfstandige beoordeling door de burgerlijke rechter in de weg. Vgl. HR 25 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:–BW0219 ('s-Hertogenbosch/Van Zogel).

30. Ik laat even de vraag buiten beschouwing of een schending van het vertrouwensbeginsel uiteindelijk nog had kunnen leiden tot een *contra legem* toekenning van de vergoeding.

31. HR 30 januari 1987, AB 1988/42 m.nt. PvB (Blaricum/Roozen).

de bestuursrechter vernietigd. Hieruit leidde de Hoge Raad onder meer af dat de gemeente door die weigering '...en derhalve ook door evenbedoelde informatie te verschaffen...' jegens Roozen een onrechtmatige daad had gepleegd. De onrechtmatige informatieverstreking deelde in *dit* geval in het onrechtmatige karakter van de *vernietigde* beschikking. Overigens valt hier nog te betogen dat de inlichtingen – net als in de casus Bolsius, waar het instellen van beroep zoals opgemerkt weinig zinvol was – naast de beschikking een (relatief) zelfstandige status hadden.³²

Wat geldt als een latere (onjuiste) beschikking na onjuiste inlichtingen niet is vernietigd of hiertegen niet eens beroep is ingesteld? De wereld van de veehouderij leidde tot een opmerkelijk arrest. Aan Kuipers³³ was op stellige wijze onjuiste informatie verstrekt. Hem was door het bestuur van de gemeente Valkenswaard voorgehouden dat hij zgn. ammoniakrechten moest kopen voordat hij in aanmerking zou komen voor een milieuvergunning om zijn varkenshouderij met 668 dieren uit te breiden. De informatieverstreking en de beschikking waren hier dus zonder twijfel nauw met elkaar verbonden. Kuipers gaf keurig gevolg aan de gestelde 'voorwaarde', maakte kosten voor het verwerven van de rechten, en ontving ook de aangevraagde vergunning (die in lijn was met de informatieverstreking). Hij stelde geen beroep in (de aangevraagde vergunning was immers verworven). Het venijn zat in de staart. Achteraf bleek namelijk dat de informatie over de aankoop was gebaseerd op een onjuiste regeling en onrechtmatig was.

Vervolgens beproefde Kuipers de Bolsius-route (zie hiervoor), maar bij de burgerlijke rechter kreeg hij nul op het rekest. Kort gezegd was de Hoge Raad van oordeel dat de inlichtingen zozeer samenhangen met het beoogde besluit '...dat zij ten opzichte daarvan een *onzelfstandig karakter* dragen...' (curs. R.J.N.S.). Nu het besluit (de milieuvergunning) niet bij de bestuursrechter was bestreden viel óók de informatieverstreking onder de *formele rechtskracht* (d.w.z. onaantastbaarheid) van dit besluit en werd voor *rechtmatig* gehouden.

"Wederom betrof dit kritiek onder de noemer 'aantasting van rechtsbescherming'. En deze kritiek is niet onterecht"

Op de lijn Kuipers/Valkenswaard, die opnieuw uitgaat van de wens om de rechtsbescherming in de directe omgeving van appellabele besluiten bij de bestuursrechter te concentreren, is stevige kritiek geuit. Wederom betrof dit kritiek onder de noemer 'aantasting van rechtsbescherming'. En deze kritiek is niet onterecht. Ik denk echter dat de intenties van de Hoge Raad wel goed zijn (concentratie van bestuursrechtelijke rechtsbescherming bij de bestuursrechter), maar dat men in dit soort gevallen niet van een justitiabele mag verwachten dat hij een voor hem positief besluit gaat bestrijden waarvan hij (nog) niet eens weet dat het is gebaseerd op onjuiste informatie en dat met als enig doel om de bestuursrechter aan te zetten tot een oordeel over die informatie. Dit is gewrongen. Daarnaast is het vereiste van het 'onzelfstandig karakter' van een voorbereidingshandeling glibberig en rechtsonzeker.

Uit latere rechtspraak blijkt gelukkig dat dit criterium beperkt moet worden uitgelegd. Lang niet alle (onjuiste) voorbereidingshandelingen die in lijn liggen met een later besluit³⁴ worden gedekt door de formele rechtskracht van dat besluit. Zo bleek er in het geschil tussen Chipshol en de publiekrechtelijke rechtspersoon Luchtverkeersleiding Nederland³⁵ ruimte om de aan een appellabel besluit voorafgaande advisering door de burgerlijke rechter op onrechtmatigheid te laten beoordelen. De zelfstandige positie van het adviserende orgaan en diens zelfstandige contacten met de gelaedeerde bleken van belang. Volgens de Hoge Raad was er zelfs sprake van een 'wezenlijk' verschil met de casus Kuipers/Valkenswaard (vgl. r.o. 4.2.4).

32. Vgl. in dit verband HR 26 mei 2000, ECLI:N-L:HR:2000:AA5955, NJ 2000/472 m.nt. A.R. Bloembergen (CZ Groep/Schreurs). Reeds hier zien we het criterium van de afzonderlijke, naast de beschikking staande (en dus zelfstandige) inlichtingen opduiken. In casu was daar geen sprake van.

33. HR 9 september 2005, ECLI:N-L:HR:2005:AT7774, AB 2006/286 m.nt. F.J. van Ommeren, JB 2005/275 mn.t. R.J.N.S. (Kuipers/Valkenswaard).

34. Ligt een handeling in de voorbereidende sfeer (bijv. een niet nagekomen toezegging) niet in lijn met een later besluit en laat de vordering een zelfstandige beoordeling toe, dan is er geen belemmering voor een beoordeling door de burgerlijke rechter. Zie bijv. HR 19 juni 2015, ECLI:N-L:HR:2015:1683, NJ 2016/1 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Overzee/Zoeterwoude).

35. HR 25 mei 2012, ECLI:N-L:HR:2012:BU:9920, JB 2012/176 m.nt. D.G.J. Sanderink en L.J.M. Timmermans (LVNL/Chipshol).

4.3 Bevoegdhedenovereenkomsten

In de directe omgeving van een appellabel besluit kunnen zich ten slotte geschillen voordoen die verband houden met een overeenkomst en die eveneens (zeer) nauw met het appellabele besluit samenhangen. Te wijzen valt op geschillen die voortvloeien uit een typische bevoegdhedenovereenkomst.

Dit is een type overeenkomst waarin overheid en burger(s) een afspraak met elkaar maken over het uitoefenen van een (besluit)bevoegdheid (al dan niet) tegen een (financiële) tegenpresatie. Op deze plaats ga ik niet in op de rechtsstatelijke schaduwzijden van dit soort overeenkomsten en op de boeiende vraag of dit type overeenkomst een publiekrechtelijke of gemengde (deels privaatrechtelijke) rechtsfiguur betreft. Ik beperk mij tot een paar opmerkingen over de complexe rechtsmachtverdeling.³⁶ Welke rechter moet nu oordelen over geschillen die verband houden met dit type overeenkomst?

36. Meer uitvoerig P.J. Huisman, *De bevoegdhedenovereenkomst. De overeenkomst over het gebruik van een publiekrechtelijke bevoegdheid* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: BJu 2012, hoofdstuk 10.

"In het standaardarrest Etam/Zoetermeer heeft de Hoge Raad – althans in zijn ogen – principieel licht over deze vraag laten schijnen. Naar mijn smaak heeft dit echter niet geresulteerd in een bevredigende taakverdeling tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter"

37. HR 8 juli 2011, JB 2011/186 m.nt. A.M.M.M. Bots (Etam Groep BV/Zoetermeer).

In het standaardarrest Etam/Zoetermeer³⁷ heeft de Hoge Raad – althans in zijn ogen – principieel licht over deze vraag laten schijnen. Naar mijn smaak heeft dit echter niet geresulteerd in een bevredigende taakverdeling tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter. De benadering van de Hoge Raad gaat uit van een scherpe scheiding van de rechtsbescherming betreffende appellabele besluiten en vermogensrechtelijke geschillen die (kunnen) voortvloeien uit het (niet) nakomen van de bevoegdhedenovereenkomst. Op zich is dit nog niet onaantrekkelijk (vgl. de slotparagraaf van deze bijdrage). Maar de uitwerking op de rechterlijke taakverdeling valt tegen.

Stel dat is afgesproken dat het bestuur een besluit – bijv. de wijziging van een bestemmingsplan – met een bepaalde inhoud tot stand zal brengen of daartoe een uiterste inspanning zal doen, en het gewenste besluit volgt niet, dan kan de wederpartij als belanghebbende beroep instellen bij de bevoegde bestuursrechter. De bestuursrechter beoordeelt dan de rechtmatigheid van het (uitblijven van het) besluit. Maar hij doet géén vermogensrechtelijke uitspraken over het (niet) nakomen van de overeenkomst. Deze benadering heeft een aantal belangrijke gevolgen. Zo kan de wederpartij – bij het uitblijven van het afgesproken besluit – er voor kiezen om af te zien van een bestuursrechtelijke procedure en bij de burgerlijke rechter louter aansturen op schadevergoeding wegens wanprestatie.

Komt de wederpartij van de overheid wél op tegen het niet nemen van het besluit of het nemen van een onjuist besluit en weet hij het besluit vernietigd te krijgen, dan ontstaat de volgende situatie. Met de vernietiging van het besluit (of de weigering daarvan) staat in zoverre ook de (on)rechtmatigheid hiervan vast. Deze onrechtmatigheid kan aanleiding geven tot de vergoeding van schade die is ontstaan door het vernietigde besluit. Daarnaast staat het hem echter vrij om ter zake van het niet nakomen van de gemaakte afspraken (aanvullende) schadevergoeding op grond van wanprestatie bij de burgerlijke rechter te vorderen.

Dit alles maakt dat de rechtsbescherming in de sfeer van bevoegdhedenovereenkomsten op een complexe wijze over twee rechters is verdeeld, terwijl er toch sprake is van sterk vervlochten materie. Dit geldt eens te meer als men nog bedenkt dat ook de overheid nakoming kan vorderen van verplichtingen van de burger; zij is dan weer aangewezen op de burgerlijke rechter. Gelet op de nauwe samenhang van eventuele vermogensrechtelijke afspraken met appellabele besluiten (en de betrokkenheid van derden) is er veel voor te zeggen om ook hier te streven naar een verdere concentratie van de geschillenbeslechting bij de bestuursrechter.

5. Tot besluit: ruimte voor de toekomst, het is een kwestie van durven!

Ik kom tot een afronding. Vast staat dat zich in de directe omgeving van appellabele besluiten diverse geschillen tussen bestuur en burger aandienen die niet het besluit als zodanig raken, maar die hier wel erg nauw mee in verband staan. Vast staat óók dat de rechtsbescherming in deze geschillen nog altijd op een te ingewikkelde wijze tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter is verdeeld. Ook is duidelijk dat de burgerlijke rechter als 'reservebestuursrechter' ernaar streeft om zoveel mogelijk van deze geschillen te *concentreren* bij de meest gereede rechter.³⁸ Dat is de bestuursrechter.

"Zolang de wetgever de rechtsmacht van de bestuursrechter echter niet overtuigend verruimd, blijft dit terrein van 'connexe geschillen' er een met boobytraps"

Zolang de wetgever de rechtsmacht van de bestuursrechter echter niet *overtuigend* verruimd, blijft dit terrein van 'connexe geschillen' er een met boobytraps. Met behulp van complexe leerstukken (ontvankelijkheidsregels, formele en oneigenlijke formele rechtskracht, aansluitingsregels, rechtsonzekere ondersteunende criteria (bijv. het criterium van de 'onzelfstandige' voorbereidingshandeling)) probeert vooral de burgerlijke rechter de weg door het terrein begaanbaar te houden. Eenvoudig is dat niet.

Ik denk dat er zonder al te fundamentele aanpassingen van het huidige stelsel al serieuze verbeteringen denkbaar zijn. Onvermijdelijk is dat de burgerlijke rechter verder terugtreedt en dat de bestuursrechter naar zich toerekent. De wetgever moet dit proces faciliteren (regie!) waarbij het niet eens hoeft te gaan om een majeure operatie.

De sleutel voor veel verbeteringen³⁹ lijkt te zijn het gestaag uitbouwen van een bestuursrechtelijke *verzoekschriftprocedure* die het traditionele vernietigingsberoep flankeert.⁴⁰ Een eerste stap is al gezet door dit type procedure open te stellen voor bepaalde schadeverzoeken (art. 8:88 Awb). Echt geslaagd is deze regeling (nog) niet, maar verbeteringen zijn te realiseren (zie hierna). Op termijn zouden burgers (en wellicht in een later stadium ook bestuursorganen) tevens andere verzoeken aan de bestuursrechter moeten kunnen richten, zolang het verzoek ziet op een geschil dat voldoende *verband* houdt met een besluit in de zin van de Awb (zeker, nog altijd een *connexiteit*⁴¹, maar wel een ruime). Naast het verzoek om schadevergoeding valt te denken aan, het verbod of een verklaring voor recht of zelfs aan een veroordeling tot het nakomen van een afspraak (denk aan de bevoegdhedenovereenkomst).

Op de tweede plaats is het meer dan wenselijk dat het knellend leerstuk van formele rechtskracht eindelijk systematisch wordt gerelativeerd.⁴² Soms is de toepassing van deze leer noodzakelijk, met name om de taakverdeling tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter te bewaken, maar in ons rechtssysteem wordt de leer ook te digitaal toegepast. De bestuursrechter kan hier (zo nodig met enige steun van de wetgever) beslissende stappen zetten. Zo zou hij in de verzoekschriftprocedure achteraf – en 'zelfstandig' – de *onrechtmatigheid* van een Awb-besluit kunnen vaststellen, wat mij betreft ook los van de vraag of het een *appellabel* besluit betreft. Het vaststellen van onrechtmatigheid wordt niet langer gekoppeld aan de vernietiging van het besluit, een herroeping (wegens onrechtmatigheid) of aan een erkenning van onrechtmatigheid door het bestuur.

De mogelijkheid tot het vaststellen van '*onrechtmatigheid buiten vernietiging*' zou alleen de weg naar schadevergoeding moeten openen.⁴³ De rechtsgevolgen van het besluit als zodanig blijven in dit kader buiten schot. Dit heeft voordelen. Zo zou ik het waardevol vinden als een burger langs deze weg ter zake van een jegens hem onrechtmatig geoordeeld *avv* schadevergoeding kan verkrijgen bij de bestuursrechter. Regelmatig is het hem

38. Dit heeft zich ook voorgedaan in de sfeer van schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad. Vgl. i.h.b. HR 28 maart 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC0256, NJ 2008/475 m.nt. M.R. Mok (Asha/Amersfoort).

39. De diverse suggesties die ik hierna doe zijn in vergelijkbare zin of op andere wijze (deels) ook door veel andere auteurs gedaan. Zonder alle denkers recht te doen, noem ik namen als Schueler, Kortmann (jr), Van Male, Polak, Van Ommeren, Van Ettekoven, Roozendaal, Van der Veen en Marseille. Ik wijs ook op het al wat oudere rapport van de VAR-Commissie Rechtsbescherming '*De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid. Van Toetsing naar geschilbeslechting*', Den Haag: BJu 2004.

40. Zie met veel verwijzingen, onder meer naar de VAR-preadviezen uit 2013, J.E.M. Polak, 'De verzoekschriftprocedure bij onrechtmatige besluiten als begin van tweede weg in het bestuursprocesrecht?', in: *Op het grensvlak* (Van Ravels-bundel; red. T.W. Franssen e.a.), Stichting Instituut voor Bouwrecht 2014, p. 167 e.v.

41. Wat mij betreft wordt niet langer een verband verlangd met een voor beroep vatbaar besluit. Dit is zeker een gedurfd element.

42. Zie voor een krachtig pleidooi R.M. van Male, 'De verzoekschriftprocedure van Titel 8.4 Awb: minder zelfstandig dan beloofd? Een pleidooi voor relativisering van de formele rechtskracht', in: *Op het grensvlak* (Van Ravels-bundel; red. T.W. Franssen e.a.), Stichting Instituut voor Bouwrecht 2014, p. 143 e.v.

43. Althans bij *appellabele* besluiten. Als dit type besluit *niet* is vernietigd, staan de beoogde rechtsgevolgen van het besluit vast. Bij een *avv* (dat in beginsel niet appellabel is) zouden ook onverbindend verklaren c.q. buiten toepassing laten in beeld kunnen komen, maar voorts zou ik dat buiten de bestuursrechtelijke verzoekschriftprocedure willen houden. Hier zou uitwijken naar de burgerlijke rechter dan nog aan de orde kunnen zijn.

immers om die schadevergoeding te doen, niet om het avv volledig van tafel te vegen. Een bestuursorgaan dat zo met verschillende schadeverzoeken wordt geconfronteerd, zal het wettelijk voorschrift wellicht intrekken of wijzigen maar dat is dan geen direct juridisch gevolg van de vermogensrechtelijke aansprakelijkheid. Ook ter zake van een niet vernietigd appellabel besluit zou nog achteraf – binnen een nader te bepalen verjaringstermijn – onrechtmatigheid kunnen worden vastgesteld. De geldigheid van het besluit (die wel wordt beheerst door de formele rechtskracht) en de beoordeling van de vermogensrechtelijke gevolgen worden zo beter gescheiden. Dit soort maatregelen kan de druk van het vernietigingsberoep halen.

"Men moet natuurlijk ergens beginnen als men verder wil komen dan de theorie"

Men moet natuurlijk ergens beginnen als men verder wil komen dan de theorie. Als eerste stap is een aantal aanpassingen in art. 8:88 Awb – welke artikel verschillende onvolmaaktheden kent – goed denkbaar.⁴⁴ Op grond van art. 8:88 lid 1 onder a Awb is de bestuursrechter naar geldend recht bevoegd om op verzoek te oordelen over schade als gevolg van een 'onrechtmatig' besluit. De bestuursrechter zou in dit kader afstand kunnen nemen van de toelichting en, zoals hiervoor gesteld, de 'onrechtmatigheid' van het besluit autonoom kunnen beoordelen. In sub b van hetzelfde eerste lid zou vervolgens het woord 'onrechtmatig' voor 'besluit' dienen te vervallen. Dit is een belangrijk punt omdat hierdoor de bestuursrechter niet alleen zou kunnen oordelen over onrechtmatige handelingen ter voorbereiding van een onrechtmatig besluit, maar ook ter voorbereiding van een rechtmatig besluit.⁴⁵ De in deze bijdrage besproken 'Bolsius'-problematiek (par. 4.2) komt dan duidelijk onder de rechtsmacht van de bestuursrechter. In sub b dient verder het begrip 'handeling' mijns inziens ruim te worden uitgelegd zodat – bij gebrek aan beter – ook de voorbereidingsbeslissing (vgl. art. 6:3 Awb) hieronder valt en als (zelfstandige) oorzaak van schade door de bestuursrechter kan worden beoordeeld. Dit voorkomt een fricties. Een zodanige voorbereidingsbeslissing kwalificeert vaak als besluit, maar lang niet altijd als als *appellabel* besluit. Gelet op de huidige connexiteits-eis (art. 8:88 lid 2 Awb) lijkt zij hierdoor buiten de rechtsmacht van de bestuursrechter te vallen. Dat is niet gelukkig en dit kan door een flexibele wetsinterpretatie eenvoudig worden voorkomen. Ten slotte ben ik er warm voorstander van om de clausule 'ter voorbereiding van' (art. 8:88 lid 1 sub b Awb) eveneens ruim op te vatten. Ik zou voor het aannemen van bestuursrechtelijke rechtsmacht in ieder geval géén (causaal) verband willen eisen tussen de onrechtmatigheid van een voorbereidingshandeling en het daarop volgend besluit. Alle onrechtmatige bestuurshandelingen die zich voordoen *in het kader* van de voorbereiding van een Awb-besluit zijn wat mij betreft in beeld als tenminste de handeling in beginsel dienstig is aan deze voorbereiding of daarmee voldoende verband houdt.

Een volgende grote(re) stap is dan het schrappen van lid 2 van art. 8:88 Awb (het huidige strikte connexiteitsvereiste). Dit is een forse stap, maar nodig als men de bestuursrechter bijvoorbeeld ook wil laten oordelen over schadeverzoeken ter zake van een onrechtmatig avv. Ten slotte – niet onbelangrijk – komt de schadegrens van € 25.000,- (art. 8:89 lid 2 Awb) naar mijn mening in beeld voor heroverweging. De bestuursrechter is volwassen genoeg om in alle zaken te oordelen over grote(re) claims.⁴⁶ Heikel punt dat dan nog resteert, is de vraag of de schadevergoedingsbevoegdheid van de bestuursrechter ook in de 'overige gevallen' exclusief moet worden... wie durft? ●

44. Tengevolge van overgangsrecht is de inhoudelijke rechtspraak over deze bepaling nog schaars. Vgl. bijv. ABRvS 9 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:642.

45. Vgl. B.J. Schueller, 'Welke rechter oordeelt over schade ten gevolge van onrechtmatige voorbereidingshandelingen?', in: *Op het grensvlak* (Van Ravels-bundel; red. T.W. Franssen e.a.), Stichting Instituut voor Bouwrecht 2014, p. 216-217 e.v.

46. Vgl. T. Hartlief, 'Schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten sinds 1 juli 2013. De civiele rechter vast(er) op de troon?', in: *De burgerlijke rechter in het publiekrecht* (R.J.N. Schlössels, R.J.B. Schutgens, J.A.F. Peters, M.W.C. Feteris, G.Snijders & L.A.D. Keus red.), Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 549 e.v.